

Capitolo Primo

LA STRUTTURA DEL MERCATO TRA TRADIZIONE ED EVOLUZIONE

SOMMARIO: 1.1. Il concetto di mercato e la sua complessità. – 1.2. La dimensione “spaziale” del mercato. – 1.3. Le attività sul mercato: una prima definizione di relazione di scambio. – 1.3.1. La fisionomia della circolazione dei beni fra commercio amministrato e “traffici di mercato”. – 1.4. Gli attori del mercato: la figura del mercante fra *ius mercatorum* e centralità nella “filiera produttiva-distributiva”. – 1.4.1. Il tramonto del mercante plurifunzionale ed i requisiti di accesso alla professione. – 1.5. Dall’individuo all’impresa: affermazione e sviluppo del processo produttivo. – 1.6. I “nuovi mercanti”: le piattaforme e l’offerta di beni e servizi.

1.1. *Il concetto di mercato e la sua complessità*

Il mercato ha assunto una rilevanza crescente negli anni in quanto punto di riferimento (non solo geografico) per lo sviluppo dei fenomeni economici e delle relative regole. Inoltre può essere inteso “come luogo dove avvengono le contrattazioni ma insieme come sistema entro il quale si collocano i soggetti che vi operano”¹.

Ciò significa che può essere contestualmente definito come il luogo in cui agiscono gli operatori e come il complesso delle attività funzionali alla conclusione degli scambi che qui si svolgono. Proprio per questa complessità i diversi studi (giuridici, economici, storici e antropologici) nella sua qualificazione fanno riferimento prevalentemente ad alcuni elementi rispetto ad altri.

Del resto può essere utilizzato il termine mercato per descrivere luoghi fisici predeterminati deputati al commercio e nei quali si svolgono concretamente gli scambi di beni² ma, allo stesso tempo, per identificare astrattamente il complesso dei soggetti e delle relazioni di scambio in esso presenti.

¹G. SANTINI, *Il commercio: saggio di economia del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1979, p. 23.

²La nozione di bene in senso giuridico ha dato luogo ad un ampio dibattito. In dottrina si vedano fra gli altri M. COSTANTINO, *I beni in generale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da U. RESCIGNO, Torino, Utet, 1982, p. 5 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *Cosa*, voce del *Dig. disc.*

Quindi se vogliamo ricercare una sua definizione giuridica, è necessario esaminare non tanto e non solo gli elementi costitutivi della sua esistenza ma anche quelli identificativi della sua struttura, le caratteristiche degli scambi che in esso hanno luogo e la loro evoluzione nel tempo³.

In questo senso hanno rilievo i soggetti del mercato ed i ruoli (produttore, distributore, consumatore), i luoghi del mercato e l'assetto organizzativo⁴ perché attraverso questi elementi e le loro interconnessioni si comprende come avvengono gli scambi e secondo quali regole in quanto, come evidenziato da Irti, queste ultime caratterizzano tutti gli aspetti del mercato⁵.

Per comprendere l'intreccio fra questi elementi ed il loro rilievo sulla struttura del mercato può essere utile ripercorrere, seppur in modo sintetico, l'origine tra questi diversi elementi ed il loro legame nelle differenti epoche.

Del resto, come ben evidenziato anche dalla letteratura antropologica, solo la considerazione dei "comportamenti antichi" ci mostra le radici di quelli moderni. Ciò è dovuto al fatto che "l'economia dell'uomo, di regola, è immersa nei suoi rapporti sociali"⁶ e sono proprio questi che influiscono in maniera determinante sul processo di produzione e distribuzione creando le condizioni favorevoli per lo sviluppo degli scambi e l'affermazione delle organizzazioni produttive.

In realtà vi è anche un altro motivo di interesse per una ricostruzione dell'assetto del mercato attraverso le diverse epoche ed è la sua progressiva evoluzione da concetto strettamente collegato alla dimensione fisica di luogo de-

priv., Torino, Utet, 1989, p. 438 ss.; G. DE NOVA, *I nuovi beni come categoria giuridica*, in G. DE NOVA, B. INZITARI, G. TREMONTI, G. VISENTINI, *Dalle res alle new properties*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 13 ss.; A. JANNARELLI, *Beni, interessi, valori. Profili generali*, in N. LIPARI, *L'attività e il contratto*, Padova, Cedam, 2003, p. 291 ss.

³ Va ricordato come sulla definizione di mercato anni fa si sia registrato un dibattito che ha riguardato principalmente il concetto di mercato più che i singoli elementi e la loro evoluzione. Sul punto in particolare N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 1998; G. ROSSI, *Diritto e mercato*, in *Riv. soc.*, 1998, p. 1443 ss. e AA.VV., *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 1999.

⁴ Sul punto in particolare C. MOTTI, *Il mercato come organizzazione*, in *Banca Impresa Società*, 1991, p. 455 ss. e F. CAPRIGLIONE, *Industria finanziaria, innovazione tecnologica, mercato*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2019, 4, p. 388. Più in generale per una ricostruzione del tema si veda L. AMMANNATI, *Diritto e mercato. Una rilettura delle loro attuali relazioni alla luce della nozione di "transaction" di Commons*, in *Dir. pubbl.*, 2003, p. 113 ss.

⁵ Irti sottolinea come "La costruzione delle strade e la disciplina del traffico, le licenze di commercio ed i permessi di occupare il suolo, il calendario delle fiere e gli orari delle botteghe: tutti elementi che non sono deliberati dai soggetti dello scambio, ma dipendono dalla volontà altrui, da autorità superiori emanatrici di regole". Si veda N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 4.

⁶ K. POLANY, *La grande trasformazione*, Torino, Einaudi, 1974, p. 62.

stinato al commercio ad organizzazione istituzionalizzata sotto il profilo economico, sociale e giuridico.

In questo quadro si assiste ad una progressiva marginalizzazione del rilievo della fisicità del mercato⁷ in senso stretto che viene definitivamente sancita in epoca moderna dalla globalizzazione prima e, negli ultimi anni, dall'affermazione delle piattaforme che sembrano mettere in discussione anche l'idea che i prodotti dell'impresa abbiano il mercato come luogo naturale di destinazione⁸.

Quanto appena detto evidenzia come l'analisi dei singoli elementi sia più complessa di quanto potrebbe apparire ad un primo sguardo. Numerosi sono gli aspetti da esaminare fra i quali, solo per citare i principali, possiamo includere: 1) la fisionomia dei soggetti, i loro ruoli sul mercato e la loro evoluzione; 2) le modalità di interazione fra le parti finalizzate alla conclusione di uno scambio e la loro trasformazione nel tempo (dal dialogo e l'interazione diretta, a forme di sottoscrizione seguite da standardizzazione degli accordi fino alla totale sostituzione di qualunque interazione umana come nel caso degli *smart contracts*⁹); 3) la rilevanza del passaggio da forme individuali di scambio a

⁷ Va peraltro ricordato come mentre per storici ed antropologi l'elemento della fisicità del mercato è molto rilevante in quanto luogo in cui due gruppi di soggetti si incontrano per scambiarsi dei beni altrettanto non può dirsi per gli economisti che considerano il mercato una particolare istituzione con regole proprie. Per un approfondimento sul tema si veda W.C. NEALE, *Il mercato nella teoria e nella storia*, in K. POLANY (a cura di), *Traffici e mercati negli antichi imperi*, Torino, Einaudi, 1978, p. 437 ss.

⁸ Sull'idea di mercato come luogo di destinazione dei prodotti dell'impresa si veda in particolare V. BUONOCORE, *L'impresa*, in *Trattato Buonocore*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 151 ss. e ID., *Contratto e mercato*, in *Giur. comm.*, 2007, p. 379 ss.

⁹ Le prime manifestazioni di *smart contracts*, pur non identificate ancora come tali, vengono individuate nei distributori automatici di bibite. I c.d. contratti intelligenti si basano sull'incorporazione di clausole contrattuali in *software* e programmi informatici. Proprio questo passaggio consente di avere un'esecuzione automatica sulla base di determinate condizioni predefinite dalle parti. Il D.L. 135/2018 conv. con Legge 11 febbraio 2019, n. 12 all'art. 8 *ter* li ha definiti come "un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse. Gli *smart contract* soddisfano il requisito della forma scritta previa identificazione informatica delle parti interessate".

Sul punto esiste una vasta letteratura tra gli altri S. CAPACCIOLI, "*Smart contracts*": *traiettoria di un'utopia divenuta attuabile*, in *Cyberspazio e diritto*, 2016, p. 25; P. CUCCURU, "*Blockchain*" ed automazione contrattuale. *Riflessioni sugli "smart contract"*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, p. 107 ss.; V. PASQUINO, *Smart contracts: caratteristiche, vantaggi e problematiche*, in *Diritto e Processo*, 2017, p. 239 ss.; G. LEMME, *Gli smart contracts e le tre leggi della robotica*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2019, p. 129 ss.; R. PARDOLESI, A. DAVOLA, *Smart contract: lusinghe ed equivoci dell'innovazione purchessia*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Liber amicorum Guido Alpa*, Padova, Cedam, 2019, p. 297 ss.; E. BATTELLI, E.M. INCUTTI, *Gli smart contracts nel diritto bancario tra esigenze di tutela e innovativi profili di applicazione*, in *Contratto e impresa*, 2019, p. 925 ss.

forme organizzate attraverso il processo produttivo; 4) la presenza di fattori in grado di produrre modifiche o trasformazioni dell'assetto organizzativo del mercato quali cambiamenti della società, degli assetti di governo e del ruolo svolto da chi governa (monarca assoluto o più di recente forme capitalistiche, ecc.) nonché dall'innovazione tecnologica o dalle crisi economiche.

Quest'analisi risponde a due esigenze: consentire una più attenta valutazione del ruolo delle regole e la loro incidenza sulla struttura dei mercati nonché la loro efficacia alla luce dei cambiamenti della società e dell'influenza dei fattori esterni.

È così possibile esaminare in che misura l'assetto attuale, sebbene l'ultimo passaggio di un lungo percorso, sia in grado di produrre una forte frattura con il passato ed in particolare con le origini della nozione di mercato e dei suoi elementi fondamentali consolidatisi nel tempo.

1.2. *La dimensione "spaziale" del mercato*

Come ricordato, parlando di mercato, è evidente l'importanza del "luogo fisico" dove si realizzava l'incontro fra le parti e lo scambio dei beni. Inizialmente il mercato si qualifica come spazio fisico predefinito in cui svolgere le contrattazioni in modo regolare, cioè con una certa cadenza quotidiana o in giorni prefissati. Alla definizione del mercato come luogo si associavano soggetti e relazioni economiche e giuridiche funzionali alla definizione di contrattazioni e scambi¹⁰.

In realtà se torniamo agli albori ci accorgiamo come i traffici di merci avessero luogo anche prima che il mercato venisse definito dalla sua dimensione fisica e che addirittura l'organizzazione degli scambi avvenisse indipendentemente dal luogo "mercato"¹¹. Ciò accadeva perché il mercato come spazio definito assume il ruolo di luogo in cui si gestiscono gli scambi interni (funzionali cioè ad una collettività definita), mentre ciò che richiede una interazione con l'esterno, in quanto non si realizza nella comunità, non avviene nel luogo mercato ma si sviluppa autonomamente e separatamente attraverso relazioni di scambio. Questo passaggio è particolarmente significativo nell'ottica di una analisi degli elementi costitutivi del mercato e chiarisce perché la dimensione dello spazio vada considerata fra gli elementi funzionali e non tra quelli costitutivi. Peraltro la sua rilevanza varia nelle diverse epoche.

¹⁰ In questo senso G. AULETTA, *Un saggio di economia e diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, p. 1080 ss. e G. SANTINI, *Il commercio: saggio di economia del diritto*, cit.

¹¹ Il passaggio si comprende bene leggendo ad esempio la ricostruzione del mercato di Ouidah fatta da POLANY nel suo volume *Traffici e mercati ...*, cit., p. 216 ss.

Infatti nell'antichità, per molto tempo, ha avuto una importanza circoscritta ed interna legata ai bisogni di una singola comunità. In epoca moderna sembra che non rappresenti più un elemento necessario (basti pensare allo sviluppo industriale) fino ad arrivare ad un suo sostanziale superamento con la dematerializzazione dei beni (si pensi ai prodotti finanziari¹² nonché alla possibilità di una contrattazione "continua" garantita dalla borsa e dagli strumenti telematici¹³). Qui ciò che viene superata è l'idea di uno spazio fisico percepibile con i sensi e riservato ai rapporti di mercato. Non è invece superata la centralità del mercato come elemento fondamentale nel tempo al fine di soddisfare i bisogni umani¹⁴. Come ben sintetizzato da Labriola, ciò accade perché al "mercato come relazione spaziale si sostituisce il mercato come insieme di relazioni tra persone che desiderano scambiare"¹⁵.

Nel momento in cui al mercato si associa una precisa identificazione territoriale e una continuità di relazioni in un determinato luogo la presenza di regole diventa sempre più importante per disciplinare quanto avviene in questo spazio pre-identificato.

Se lo spazio fisico non esiste più, perché, come nel caso delle piattaforme, è sostituito da quello virtuale, la norma assume una funzione "costitutiva" perché deve identificare il luogo virtuale nel quale avvengono gli scambi¹⁶.

In questo senso il concetto di luogo si declina diversamente in epoca contemporanea e delinea una evoluzione della funzione delle regole¹⁷.

¹² Sul punto in particolare F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Il Mulino, Bologna, 1993, p. 209 ss.

¹³ Sul punto si veda M. CIAN, *Titoli dematerializzati e circolazione "cartolare"*, Milano, Giuffrè, 2001 e ID., *La dematerializzazione degli strumenti finanziari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, p. 641 ss. e A. DOLMETTA, U. MINNECI, voce *Borsa (contratti di)*, in *Enc. dir.*, V agg., Milano, Giuffrè, 2001, p. 161 ss.; F. SARTORI, *Le regole di adeguatezza nei contratti di borsa: tecniche normative, tutele e prospettive*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 25 ss.; F. CAPRIGLIONE, *Evoluzione della disciplina di settore. Un secolo di regolazione*, in ID., *Manuale di diritto bancario e finanziario*, Padova, Cedam, 2019, p. 31 ss.

¹⁴ Sul punto in particolare M. LIBERTINI, *Il mercato: i modelli di organizzazione*, in F. GALGANO, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. III, Padova, Cedam, 1979, p. 337 ss.

¹⁵ A. LABRIOLA, *Il capitalismo. Lineamenti storici*, Torino, Bocca, 1910, p. 223. Sul punto Irti sottolineava come la parola mercato non designasse più un "dove terrestre" quanto "l'unità funzionale degli scambi di un dato tipo o di un dato bene". Si veda N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 85.

¹⁶ Sul tema dell'artificialità si è ampiamente soffermato N. IRTI in *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2006, p. 49 ss.

¹⁷ Sul punto in particolare A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Luoghi e non-luoghi dell'economia. Considerazioni introduttive*, in A. ANTONUCCI, M. DE POLI, A. URBANI, *I luoghi dell'economia. Le dimensioni della sovranità*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 1 ss.

Sarebbe però sbagliato ritenere che la spazialità sia del tutto estranea alla riflessione attuale sulla c.d. economia di piattaforma. Come vedremo ciò che merita attenzione è proprio la sua assenza o per meglio dire il venir meno di qualunque dimensione spaziale¹⁸ a favore di elementi visivi e descrittivi. Infatti il mercante tradizionale necessitava di un luogo e si spostava tra i diversi luoghi per svolgere la sua attività. Invece il moderno mercante, quello telematico, si muove in un mercato privo di una dimensione fisica e la sua attività si realizza nella staticità della visualizzazione del bene che non è però accompagnata da alcuna interazione fisica con il bene ed il venditore.

In questo senso l'unico "spostamento" risulta nella progressiva espansione verso mercati diversi da quello della originaria attività.

Utilizzando un'espressione di Irti "tecnica ed economia hanno rotto il vincolo della terra"¹⁹ dando luogo a nuovi e diversi problemi giuridici di non semplice soluzione che cercheremo di analizzare in seguito.

1.3. *Le attività sul mercato: una prima definizione di relazione di scambio*

Una riflessione sul mercato e le sue dinamiche non può che iniziare dall'atto principale che lo caratterizza e cioè lo scambio di un bene. Questo comporta una ricostruzione dei soggetti ed un'analisi dei comportamenti delle parti coinvolte nello scambio e dei loro rapporti che hanno determinato, fin dalle origini, la conclusione di scambi. Come Adam Smith aveva riconosciuto vi è una "propensione" dell'uomo al baratto, al commercio e allo scambio di una cosa con un'altra.

Pertanto può essere utile comprendere come possa manifestarsi una relazione di scambio, quali possano esserne i protagonisti, le modalità di conclusione e quale sia stata l'evoluzione dello "spazio" nel quale possono realizzarsi. È interessante ricostruire questi aspetti in un arco temporale ampio perché solo così si possono identificare quelli che potremmo definire "corsi e ricorsi" nelle diverse epoche e le dinamiche nuove.

Se ci soffermiamo su come avvenivano gli scambi e quali fossero i profili giuridici che li caratterizzavano²⁰, il primo elemento da esaminare è la struttu-

¹⁸ Amorosino sottolinea come i fattori tecnologici abbiano dato luogo ad uno "sradicamento territoriale di moltissimi commerci". Si veda S. AMOROSINO, *Concorrenza versus osmosi tra ordinamenti nelle "regolazioni economiche"*, in A. ANTONUCCI, M. DE POLI, A. URBANI, *I luoghi dell'economia ...*, cit., p. 96.

¹⁹ N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, cit., 2006, p. 62.

²⁰ Sulla giuridicità insita nei fenomeni antichi si veda in particolare P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, Roma, Apollinari, 1959, p. 200 ss.

ra dei rapporti fra le parti alla base della conclusione dello scambio. Da questo punto di vista non è sufficiente richiamare la presenza di soggetti e la loro qualificazione, anche giuridica, come parti stabili e sempre più necessarie per la conclusione dello scambio (veri e propri commercianti). È infatti necessaria una prima distinzione delle diverse tipologie di scambio esistenti fra semplice dono, baratto e scambio.

Da questo punto di vista, mentre il dono esclude qualunque forma di contrattazione in quanto disinteressato e gratuito²¹, il baratto può essere riconosciuto, seppur senza remunerazione, come una forma embrionale di scambio in senso moderno²². Infatti quest'ultimo consente di osservare come l'uomo sia dotato di una "nativa e primordiale attitudine a regolare i propri interessi nel rapporto con gli altri"²³. Proprio a partire dal baratto cominciano a generarsi situazioni nelle quali l'assenza di una piena equivalenza tra gli oggetti dello scambio rende necessario creare legami a carattere obbligatorio fra le parti.

Da ciò si svilupperà il commercio vero e proprio che si evolve attraverso tre grandi passaggi che caratterizzano le diverse epoche e ci conducono fino all'attualità dell'economia di piattaforma.

In una prima fase la fisionomia dello scambio è articolata sulla sola e semplice interazione e sul dialogo fra le parti; nella seconda si assiste ad un passaggio accompagnato e sancito dalla forma scritta talvolta predefinita e standardizzata; infine, l'ultimo dà luogo, grazie allo sviluppo tecnologico, a forme di dematerializzazione del contratto.

In questo senso la presenza di un soggetto inteso inizialmente come persona fisica e successivamente come soggetto giuridico che decide di impegnarsi verso altri soggetti e disporre dei propri beni determina e assicura l'esistenza del mercato. Da questo punto di vista, il "contratto", inizialmente in forme embrionali e successivamente come meccanismo centrale per la circolazione dei beni, segue l'evoluzione degli elementi costitutivi del mercato. Infatti favorisce lo scambio dei beni in epoca mercantile, è al centro dell'economia in-

²¹ Il dono esclude la contrattazione ma potrebbe non escludere una qualche forma di reciprocità dando luogo quindi ad una corrispettività. Le motivazioni che guidano l'azione non sono strettamente economiche ma si inseriscono in un quadro più ampio di relazioni e aspettative sociali. Sul punto in particolare G. SMORTO, *Economia della condivisione e antropologia dello scambio*, in *Dir. pubbl. com. eur.*, 2017, p. 119 ss.

²² Per un approfondimento della distinzione fra dono e baratto si veda in particolare C. HUMPHREY, S. HUGH-JONES, *Introduction: barter, exchange and value*, in C. HUMPHREY, S. HUGH-JONES (eds.), *Barter, Exchange, and Value: An Anthropological Approach*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, p. 1 ss.

²³ La definizione è di N. IRTI, *Per una concezione normativa dell'autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 555.

dustriale e dell'attività dell'impresa e si modifica profondamente grazie allo sviluppo tecnologico per diventare strumento "al servizio" delle piattaforme.

In effetti la c.d. economia di piattaforma riduce persino la percezione dell'esistenza di un contratto fra gli interessati. Ciò è prodotto da molteplici elementi ed in particolare dalla rapidità con cui si arriva alla conclusione del contratto stesso, al superamento di una vera e propria contrattazione visto che il mezzo informatico può dare luogo ad una automatica e inarrestabile conclusione del contratto nonché alla numerosità e standardizzazione dei contratti conclusi²⁴.

Proprio uno scambio definibile impersonale, istantaneo e ripetitivo (per più soggetti ed anche più volte al giorno) caratterizza il modo di agire delle piattaforme e sarà oggetto di esame specifico perché differenzia la fase attuale dalle precedenti.

Nelle precedenti fasi storiche si sono registrate forme più o meno importanti di dialogo fra i soggetti interessati che consentivano non solo una conoscenza tra le parti ma anche la conclusione dell'accordo necessario al passaggio del bene. La decisione che portava alla conclusione dello scambio poteva avere motivazioni diverse. In ogni caso, qualunque esse fossero, richiedevano contestualmente un affidamento, o un controvalore o la sua promessa²⁵.

Nella definizione della fisionomia generale del contratto la decisione di compiere lo scambio è mediata dalle parole quale forma di interlocuzione fra le parti funzionale al raggiungimento dell'accordo. Quindi, come illustrato da Irti, l'accordo per essere concluso necessita di una tecnologia "propriamente la tecnica della lingua" che "conforma e definisce" i soggetti: "i rapporti tra uomini non sono dissociabili dalle loro modalità tecnologiche"²⁶.

Tuttavia, proprio le interazioni finalizzate all'intesa, caratterizzata da una certa imprevedibilità derivante dal dialogo, diventano sempre più marginali, per non dire irrilevanti con lo sviluppo tecnologico della rete e delle piattaforme che determinano sistemi di conclusione istantanea del contratto al di fuori di qualsiasi tecnica dialogica. Questi aspetti prescindono da interazioni dirette e/o da contrattazione. In esse l'accordo, ammesso che possa essere ancora de-

²⁴ Sull'evoluzione dei meccanismi di scambio si veda in particolare N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 347 ss. Sulla rilevanza dei cambiamenti del contratto per l'assetto del mercato ed il reciproco condizionamento si veda in particolare S. AMOROSINO, *Le dinamiche del diritto dell'economia*, Pisa, Pacini Giuridica, 2018, p. 70 ss.

²⁵ Come ricorda Alpa le motivazioni possono essere molto diverse fra di loro e corrispondere a quelle di buon vicinato, sacrali, matrimoniali, di reciproco arricchimento, per donazione o per baratto. Sul punto G. ALPA, *La c.d. giuridificazione delle logiche dell'economia di mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 731.

²⁶ Si tratta di citazioni da N. IRTI, *ult. op. cit.*, p. 349.

finito tale, si traduce nel meccanismo del c.d. “*buy now*” che esprime l’incontro di due volontà unilaterali e che “assomiglia” sempre meno all’idea di un accordo vero e proprio.

Nel passaggio tra le varie fasi emerge una crescente rilevanza dell’elemento economico inteso come desiderio di trarre profitto dalla produzione e dallo scambio²⁷.

1.3.1. *La fisionomia della circolazione dei beni fra commercio amministrato e “traffici di mercato”*

L’analisi della circolazione dei beni²⁸ richiede di indagare sulla loro reperibilità e/o sulle modalità che ne consentono la disponibilità.

Il termine “circolazione” è apparso quello più adeguato, in quanto le relazioni considerate non riguardano solo gli scambi dietro corrispettivo ma anche il baratto e/o la redistribuzione.

Pur trattandosi di situazioni di scambio differenti sono accomunate da alcuni elementi quali l’interrelazione fra le parti diretta a garantire la circolazione del bene e la capacità di una parte di produrre o sapersi procurare il bene e saperlo “offrire o distribuire”. Nonostante si tratti di metodi di acquisizione dei beni prevalentemente pacifici, necessitano comunque di regole, dalla consuetudine alle regole scritte dirette a disciplinare l’accordo/contratto tra le parti.

Questa esigenza è evidente nell’evoluzione storica. Infatti nell’epoca più antica, in assenza della moneta, i soggetti in genere utilizzano la forma del baratto e si qualificano come figure caratterizzate dall’essere contemporaneamente produttori e “consumatori”²⁹. Gli scambi sono occasionali e possono limitarsi a determinati beni ed avere luogo solo in caso di bisogno.

Infatti è opportuno ricordare come non tutti i beni fossero prodotti e destinati allo scambio ma ve ne fosse una parte finalizzata semplicemente all’uso.

Nonostante questo, potevano essere necessarie “regole” per la conclusione degli scambi stessi³⁰. Inoltre queste forme di scambio non prevedevano una

²⁷ Sul punto in particolare K. POLANY, *Economie primitive, arcaiche e moderne*, Torino, Einaudi, 1980, p. 65 e E. LOFFREDO, *Economicità e impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, p. 31 ss.

²⁸ Sul punto in particolare F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione dei beni*, Milano, Giuffrè, 1933.

²⁹ Sul ruolo della moneta e sulla sua capacità di incidere su motivazioni e decisioni di scambio differenziando il baratto dallo scambio in senso proprio si veda in *primis* la teoria di J.M. KEYNES, *Una teoria monetaria della produzione*, Torino, Bollati Boringhieri, 1991, p. 83 ss.

³⁰ Sulla complessità di questo aspetto nel mondo antico si veda in particolare U.E. PAOLI, *L’autonomia del diritto commerciale nella Grecia classica*, in *Riv. dir. comm.*, 1935, p. 54 e F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, Il Mulino, 1993, p. 25 ss.

sostanziale interazione fra le parti volta a porre in essere delle trattative nonché delle conseguenti valutazioni sulla convenienza dell'operazione³¹.

Successivamente sono emerse alcune variazioni determinate da diversi fattori tra cui, nello specifico, elementi di innovazione nella vita quotidiana, scoperte quali i metalli preziosi poi utilizzati per le monete e cambiamenti della società quali le prime forme più strutturate di convivenza nei villaggi e nelle città-stato. Sebbene questi elementi ci conducano molto indietro nel tempo essi rilevano in quanto mettono in luce come le scoperte/innovazioni e l'evoluzione della società influiscano sull'assetto del mercato e le sue componenti essenziali.

In particolare proprio alla nascita di agglomerati più ampi e stabili si collegano importanti variazioni che riguardano la qualificazione dei soggetti del mercato e le modalità di passaggio dei beni.

Infatti si afferma una figura, quella del mercante, che svolge professionalmente l'attività di vendita³² e non coincide necessariamente con il produttore del bene. Inoltre la circolazione dei beni non è più limitata ad un circuito interno e diviene continua nel tempo e maggiormente organizzata. Quest'ultimo aspetto è frutto non solo dell'individuazione di un luogo in cui si svolgono gli scambi ma anche dell'assunzione di una funzione di "regia" da parte di chi amministra la città finalizzata all'individuazione dei beni non disponibili nel circuito locale.

Si produce così una differenziazione fra scambi interni ed esterni.

I primi avevano due caratteristiche: si svolgevano esclusivamente all'interno della città ed erano improntati sostanzialmente ad una redistribuzione dei beni fra gli abitanti.

I secondi, qualificabili come traffici che si svolgevano in parallelo, potevano essere anche funzionali al "sistema interno" in quanto rendevano disponibili beni assenti a livello locale.

Questa articolata struttura di relazioni dava luogo ad un sistema "semi-chiuso" nel quale il luogo fisico che identificava il mercato aveva una rilevanza sostanzialmente interna e funzionale a garantire il sostentamento della città stessa. Del resto i mercanti esterni dovevano ottenere un'autorizzazione per accedere al mercato cittadino e tale titolo aveva una durata limitata al tempo strettamente necessario all'esposizione dei beni³³. Vi era quindi uno stretto controllo centrale

³¹ Sul passaggio successivamente ad una attenta valutazione della ponderazione degli interessi in gioco si veda in particolare G.B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, Maggioli, 1992, p. 19 ss.

³² Per un approfondimento sul tema si veda R. BRACCO, *L'impresa nel sistema del diritto commerciale*, Padova, Cedam, 1960, p. 26 ss.

³³ Va ricordato come lo spostamento dei mercanti fra le città in formazione si configuri co-

che, pur limitando fortemente quella che viene oggi comunemente definita la capacità di scelta dei beni, era funzionale a garantire, contestualmente, beni necessari per la sussistenza dei cittadini³⁴ ed ordine pubblico.

Questi aspetti mostrano un'assonanza tra i mercanti antichi e quelli dell'era digitale, in particolare per quanto concerne l'esistenza di "mercati concentrici" intesi come coesistenza di mercati interni ed esterni. Nell'era antica risultavano definiti da confini fisici e prevedevano anche una preventiva identificazione e differenziazione dei beni acquistabili.

Nell'era attuale tali elementi assumono una diversa fisionomia in quanto i confini sono virtuali e delimitano l'estensione dell'attività della piattaforma che definisce i beni acquistabili dagli operatori ammessi a vendere nel mercato sviluppato al suo interno.

In questo senso le piattaforme, come sarà analizzato nel terzo capitolo, organizzano e regolano il mercato. Infatti predefiniscono tipologie di beni disponibili nel "mercato interno" e condizionano anche la disponibilità su quello "esterno" influenzando sul numero degli offerenti, sulla loro capacità di concorrere nonché sulle scelte di acquisto dei consumatori.

Tornando ora al quadro storico si può ricordare come anche nel passato vi fosse una possibile distinzione fra la nozione di mercato locale e di mercato esterno nel senso che i soggetti che vi operavano erano diversi ed avevano caratteristiche differenti che consentivano loro di svolgere un'attività che in un caso era circoscritta geograficamente e per tipologia di beni mentre, nell'altro, risultava più ampia riguardo entrambi gli aspetti. Questa differenziazione influiva anche sulle modalità di pagamento dei beni visto che c'era una moneta circolante "all'interno" ed una "all'esterno"³⁵.

Solo successivamente e sulla spinta di fattori esterni il sistema si modifica generando un progressivo e sostanziale superamento di questa dicotomia. Infatti al meccanismo dei traffici si affianca un'apertura del mercato amministrato. Ciò è dovuto non tanto ad una scelta quanto piuttosto ad eventi imprevedi-

me un fenomeno che si protrasse per secoli. Proprio il commercio e la presenza dei mercanti favoriva la nascita e il consolidamento di città. In proposito Van Werveke ricorda come "città dedite primariamente al commercio continuarono a sorgere per la maggior parte del Medioevo". H. VAN WERVEKE, *La nascita delle città*, in *La città e la politica economica del medioevo*, Storia Economica Cambridge vol. 3, Torino, Einaudi, 1977, p. 14. Allo tempo però una distinzione tra mercanti interni e forestieri per differenziarne il trattamento era funzionale a tutelare gli interessi commerciali della singola città. Per un approfondimento su questo specifico punto A.B. HIBBERT, *La politica economica delle città*, in *ult. op. cit.*, p. 194 ss.

³⁴ Sul punto in particolare K. POLANY, *op. cit.*, pp. 207 e 322 e ss.

³⁵ Va ricordato come nell'antica Grecia si utilizzasse il termine *Kapelos* per indicare il mercante locale e quello di *emporos* per il commerciante d'oltremare. Su tale distinzione si veda in particolare K. POLANY, *La sussistenza dell'uomo. Il ruolo essenziale dell'economia nelle società antiche*, Torino, Einaudi, 1983, p. 239.

bili come le ricorrenti fasi di carestia che spingono a creare un mercato di beni fondamentali per la città stessa (quali ad esempio i cereali) aperto e non limitato alla singola città.

Proprio l'assimilazione fra "commercianti interni" ed "esterni", la crescente presenza di soggetti che vendono e acquistano ed il riconoscimento di uno *status* professionale come quello di mercante renderanno necessario definire regole per le relazioni di scambio più estese (non più corrispondenti al solo perimetro cittadino), inclusive di una gamma più ampia di beni e realizzate fra più categorie di soggetti. In particolare al riconoscimento di figure specializzate (commercianti) ed all'identificazione del mercato come spazio gestito da organizzazioni di commercianti si associa il consolidamento di una maggiore libertà di concludere scambi grazie alla stabilità nell'offerta di beni ed alla possibilità di scelta fra di essi garantita ai potenziali acquirenti. Un simile assetto conferisce un ruolo più rilevante ai mercanti anche nell'individuazione dei beni da proporre³⁶.

La previsione di figure specifiche per lo svolgimento dei commerci ha anche un altro vantaggio che è quello di favorire lo sviluppo di "conoscenza" e fiducia³⁷ fra le parti. Questo fa sì che chi cerca un bene sa che può rivolgersi al mercante per entrarne in possesso. L'intensificarsi degli scambi incentiva anche la costruzione di relazioni basate sulla conoscenza interpersonale che favoriscono la conclusione di scambi. Proprio l'elemento della fiducia viene ad essere profondamente modificato nel mercato digitale.

In realtà la centralità della "classe mercantile" e il consolidarsi delle relazioni fra acquirenti e venditori non si mantiene costante nel tempo perché, pur essendo molto sviluppata in epoca romana³⁸, subisce un arretramento nel periodo feudale per poi "rifiorire" con il regime comunale³⁹.

³⁶ Va ricordato come il loro ruolo risulti fondamentale per la stessa formazione e per il consolidamento delle città perché proprio "intorno al nucleo primitivo formato dai mercanti si andò raccogliendo una popolazione di artigiani il cui lavoro provvedeva a soddisfare la domanda sul piano locale e regionale". H. VAN WERVEKE, *La nascita delle città*, cit., p. 26.

³⁷ Sulla fiducia e i meccanismi reputazionali esistenti anche in epoche antiche si veda in particolare D. NORTH, B. WEINGAST, *The Role of Institutions in the Revival of Trade: The Medieval Law Merchant*, in *Economics and Politics*, 1990, vol. 2, p. 1 ss.

³⁸ Va ricordato però come il diritto romano non avesse un vero e proprio diritto regolante il commercio in quanto tale. Sul punto in particolare L. GOLDSCHMIDT, *Storia universale del diritto commerciale*, prima traduzione italiana a cura di V. Ponchais e A. Scaloja, Torino, Utet, 1913, p. 60 ss.

³⁹ Per una ricostruzione puntuale si veda F.M. HEICHELHEIM, *Storia economica del mondo antico*, trad. it. di S. Sciacca, Bari, Laterza, 1962, p. 978 ss.

1.4. *Gli attori del mercato: la figura del mercante fra ius mercatorum e centralità nella “filiera produttiva-distributiva”*

Come ricordato, il passaggio da situazioni di semplice redistribuzione e reciprocità a fini di sussistenza ad una vera e propria organizzazione in grado di garantire scambi⁴⁰ è alla base del consolidarsi di figure specializzate per la vendita di beni. Potremmo sinteticamente dire che proprio il consolidarsi del mercato e lo sviluppo di quest’ultimo conduce allo sviluppo di figure sempre più dedicate al commercio. Questo passaggio merita di essere sottolineato per due motivi.

In primo luogo, la presenza di una comunità di mercanti/commercianti, le loro esigenze, le opportunità ed i problemi derivanti da questo nuovo assetto davano impulso alla definizione di regole specifiche. Del resto, come è evidente anche in anni più recenti, lo sviluppo delle norme, il loro grado di dettaglio e la loro efficacia sono direttamente correlate all’incremento di volume e di complessità dell’attività economica ed alle dimensioni e al grado di interdipendenza dei mercati.

Nel caso dei mercanti sviluppo di norme generali ed efficacia non procedono parallelamente visto che lo *ius mercatorum*, inteso come diritto della classe dei mercanti, nasce come un “diritto separato” creato direttamente dalla classe mercantile “imposto nel nome di una classe non già nel nome dell’intera comunità”⁴¹ e dotato di una giurisdizione speciale. Infatti le controversie erano devolute ad una giurisdizione speciale e lo *ius mercatorum* poteva essere applicato non solo ai mercanti ma anche a tutti coloro che entrano in rapporto con un mercante. Inizialmente ciò avviene attraverso un meccanismo di presunzione in base al quale la controparte è considerata come un mercante. Tale assetto si consolida come *privilegium mercaturae* cioè come riconoscimento della posizione di rilievo assunta dalla classe mercantile⁴².

Il secondo aspetto di interesse riguarda il consolidamento di una differenziazione all’interno della categoria dei soggetti del mercato perché si cominciano a distinguere i commercianti dagli acquirenti. Quindi non vi è più interscambiabilità di ruoli all’interno di un unico soggetto tipica della fase precedente (e recentemente riscoperta nella *sharing economy*), delle relazioni di baratto o dei meccanismi di redistribuzione. Si consolida, invece, la differenziazione fra chi stabilmente esercita il ruolo di venditore e chi sostanzialmente si limita ad essere acquirente.

⁴⁰ Per una ricostruzione delle prime relazioni di scambio si veda K. POLANY, *op. cit.*, p. 57 ss.

⁴¹ F. GALGANO, *Storia del diritto commerciale*, Bologna, Il Mulino, 1976, p. 37.

⁴² Su questo passaggio ed il riconoscimento del *privilegium mercaturae* si veda in particolare C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, I, Milano, Vallardi, 1929, p. 6.